Die Entstehung des öffentlichen Weges

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau,
vorgelegt von

Gotthard Kwiatkowski

Breslau 1929

Spezial-Druckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen, KG., Ohlau i. Schl.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Helfritz

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Die Entstehung des öffentlichen Weges.

I. Einleitung: *Die Definition des öffentlichen Weges und die Bemühungen um dieselbe.* 1

II. *Die Entstehung des Weges durch die Widmung.*

1) Die Gründe für

a. die Notwendigkeit der Widmung durch die Polizei, . . . 3

b. die Notwendigkeit der Widmung durch den Eigentümer, . . 5

c. die Notwendigkeit der Widmung durch den Wegebaupflichtigen. 6

2) Die Allgemeingültigkeit der Widmungstheorie. 8

3) Die rechtliche Natur der Widmung. 9

4) Die Zulässigkeit der konkludenten Widmung. 12

5) Die Bedeutung der konkludenten Widmung für die Beurteilung eines Weges als öffentlichen. 15

III. *Die Entstehung des Weges durch Zeitablauf.* 20

1) Auch die alten Wege, bei denen keine Widmung durch konkludente Handlungen nachweisbar ist, müssen als öffentliche Wege betrachtet werden.

2) Die Gültigkeit des Gewohnheitsrechts im öffentlichen Recht.

3) Ein einzelner Weg kann nicht durch Gewohnheitsrecht entstehen.

4) Durch Gewohnheitsrecht ist aber der Satz entstanden, daß ein Weg, der von jeher dem öffentlichen Verkehr gedient hat, ein öffentlicher ist.

IV. *Die Wirkung der Oeffentlichkeit* . . . . . .

1) für die Allgemeinheit (Gemeingebrauch), 31

2) für den Eigentümer des Bodens.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548203_0023

Literaturverzeichnis.

Anschütz, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt, 1901.

— in Verwaltungsarchiv, Bd. 5, 1. 431, Bd. 6, S. 595 und im Preußischen Verwaltungsblatt, Bd. 22, S. 88.

Apelt, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, ein Beitrag zu der Lehre der rechtswirksamen Handlung im öffentlichen Recht, 1920.

Bering, Die Rechte an öffentlichen Wegen, 1874.

Beseler, Deutsches Privatrecht.

Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht, 2. Aufl.

Bornhak, Preußisches Staatsrecht, I.

Bruns in Holtzendorfs Enzyklopädie, 5. Aufl., S. 437 ff.

Dernburg, Pandekten, I.

Ecker, Rheinisches Wegerecht, 1906.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1928.

v. Eschtruth, Der öffentliche Weg, Berlin 1902.

Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechtes, 1920.

Friedrichs, Eigentum an öffentlichen Wegen in Gruch. Beitr., Bd. 62.

Germershausen, Das Preußische Wegerecht, 1919 und 1929.

v. Gierke, Deutsches Privatrecht, I, 1899.

Grotefond, Lehrbuch des Preußischen Verwaltungsrechts, 1890.

Guba, Die öffentlichrechtlichen Grundlagen des Wegerechts, 1917.

Hatschek, Lehrbuch des Deutschen und Preußischen Verwaltungsrechts, 1924.

Held, System des Verwaltungsrechts, I.

Höft, Das Gewohnheitsrecht in der Verwaltung, Kieler Diss. 1922.

Ihering, Gutachten zum Baseler Schanzenstreit.

Jellinek, Georg, System der subjektiv-öffentlichen Rechte, 1905.

Jellinek, Walter, Verwaltungsrecht, 1929, 2. Aufl.
— Zweiseitiger Verwaltungsakt, und Verwaltungsakt auf Unterwerfung, Festgabe zur Feier des 50 jähr. Bestehens des O.V.G.
Josef, Ernst, im Preußischem Verwaltungsblatt, Bd. 44, S. 415.
Kormann, Grundzüge des sächsischen Wegerechts in Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, Bd. 43.
Kühne, Das Preußische Wegerecht, in Arch. für öff. Recht, Bd. 13.
Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches, 4. Aufl.
Lassar, Grundbegriffe des Preußischen Wegerechts, 1919.
Mayer, Otto, Das Deutsche Verwaltungsrecht, Bd. I, 1924.
Meier, E., Die Rechtsbildung in Staat und Kirche, 1861.
Meyer-Dochow, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 3. Aufl.
Neukamp, Das Gewohnheitsrecht in Theorie und Praxis des Gemeinen Rechts, Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 12.
Puchta, Gewohnheitsrecht, 1828.
Regelsberger, Pandekten.
Frhr. von Reitzenstein, Das Deutsche Wegerecht in seinen Grundzügen.
v. Rönne, Wegepolizei und Wegerecht des Preußischen Staates, 1857.
Rosin, Polizeiverordnungsrecht in Preußen, 2. Aufl.
G. Rümelin, Gewohnheitsrecht in Dogm Jahrbüchern, Bd. 27.
Savigny, Die Lehre des Gewohnheitsrechts.
Schelcher, Der öffentliche Weg und seine Bedeutung für das öffentliche und private Recht in Fischers Zeitschrift, Bd. 31.
Schmidt, Die Grundbegriffe des Wegerechts in Fischers Zeitschrift 1918.
— Bruno, Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens, 1899.
Schoen, Verwaltungsrechtliches Gewohnheitsrecht in Verw. Arch. 1921, Bd. 28.
— Deutsches Verwaltungsrecht in V. Holtzend. Enzyklopädie, 1914.
Schultz, Zum Preußischen Wegerecht, 1893.
Schultzenstein, Zur Inanspruchnahme von Wegen für den öffentlichen Verkehr, in Verwaltungsarchiv, Bd. 1919.

— in Preuß. Verw. Bl., Bd. 34, S. 765.
— Die stillschweigende Willenserklärung in Pr. Verw. Bl. 19, S. 94.
— in Verw. Archiv, Bd. 16, S. 206.
Seidler, Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht, auf dem Gebiete des österreichischen Staats- und Verwaltungsrechts, 1898.
Seydel, Das Gesetz über Enteignung von Grundeigentum, 1911.
Stier-Somlo, Die Einwirkung des Bürgerlichen Rechts auf das Preußisch-Deutsche Verwaltungsrecht, 1900.
— in Verw. Archiv, Bd. 10, S. 520.
Thöl, Volksrecht, 1848.
Thoma, Der Polizeibefehl im Badischen Recht, 1906.
Wappäus, Dem Rechtsverkehr entzogene Sachen.
Windscheid, Pandekten, I.
Wolzendorff, Die Grenzen der Polizeigewalt, 1905.
Zachariä, Deutsches Staats- und Bundesrecht, 3. Aufl.
Zitelmann im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 66, S. 32 ff.
Zorn in Stengel-Fleischmanns Wörterbuch, 2. Aufl.

I.

Einleitung.

Die Definition des öffentlichen Weges und die Bemühungen um dieselbe.

Eine feststehende Definition des Begriffs des öffentlichen Weges gibt es nicht. Eine solche findet sich weder im allgemeinen Landrecht, noch in einem anderen preußischen Gesetze.

Sehr eingehend erörtert wurde die Frage, ob eine gesetzliche Definition angebracht sei, bei der Beratung des Entwurfs einer preußischen Wegeordnung in den Jahren 1865 und 1875. Der Entwurf selbst enthält keine Definition. Die Unterlassung der Aufnahme einer solchen wurde damit begründet,[1] daß, obwohl der den Provinzialständen vorgelegte Entwurf die Definition: „Jeder Weg ist ein öffentlicher, der zum freien Verkehr dient", in § 2 enthalten habe, man doch einsehe, daß dieser Satz nur eine Umschreibung für den Begriff des öffentlichen Weges sei. Denn in ihm sei nicht gesagt, wann ein Weg im Sinne dieses Paragraphen zum freien Verkehr diene.

Im übrigen wollte man von einer eigentlichen Definition auch hier Abstand nehmen, weil der Einzelfall maßgebend sein müsse, und deshalb eine Begriffsbestimmung einengend wirken müsse.

Bei der Beratung dieses Entwurfes hatte man auch vorgeschlagen, die Oeffentlichkeit der Wege kasuistisch durch Anlegung eines konstitutiv wirkenden Wegeverzeichnisses zu bestimmen. Doch auch davon hatte man Abstand genommen, zunächst deshalb, weil die Anfertigung eines solchen Verzeichnisses mit zu großen technischen Schwierigkeiten verbunden sei, und dann auch, weil man von einer solchen Feststellung eine Flut von Widersprüchen, besonders der Wegeeigentümer erwartete und fürchtete, daß bis zu deren Erledi-

1) Drucks. des Herrenhauses 1875, Nr. 11, S. 99.

gung eine zu große Zeit verstreichen würde, und endlich, weil man das richterliche Ermessen nicht im Einzelfalle durch eine konstitutive Regelung ausschließen wollte.

Bei der Beratung der 14. Kommission über den Entwurf einer Wegeordnung von 1875[2] wurde vorgeschlagen, die Definition in den Gesetzentwurf aufzunehmen, die in der hannoverschen Wegeordnung in § 2 enthalten ist: „Oeffentliche Wege sind solche, die dem allgemeinen Gebrauch dienen, und demselben nicht kraft Privatrechts entzogen werden können".

Doch auch diesmal wandte man sich gegen eine solche Definition, wieder mit der Begründung, das richterliche Ermessen dürfe nicht beschränkt werden, die Entscheidung der Frage nach der Oeffentlichkeit des Weges sei dem einzelnen Fall vorzubehalten.

Trotzdem enthält der dem Abgeordnetenhause im Jahre 1877 vorgelegte Entwurf einer Wegeordnung die Definition des Hannoverschen Gesetzes.[3] Die Motive bemerken dazu, daß in dieser Definition nicht zum Ausdruck komme, unter welchen Bedingungen die Berechtigung zum allgemeinen Gebrauch eintritt; doch diese Frage wollte man bei der Mannigfaltigkeit der Gründe nicht allgemein regeln, sondern es sollte nach den Verhältnissen des einzelnen Falles entschieden werden.

Auch in der Kommission des Abgeordnetenhauses wurde diesmal im Gegensatz zu allen früheren Beratungen festgestellt, daß[3] eine Definition doch nötig sei, daß man aber keine bessere hätte, und sich deshalb mit der der Hannoverschen Wegeordnung begnügen müsse, zumal diese Definition auch in der Schleswig-Holsteinschen und in der Oldenburgischen Wegeordnung enthalten sei, sich dort aber wie in Hannover bisher als genügend erwiesen hätte.

Obgleich also in diesem Entwurf eine Definition aufgenommen war, lag doch eine klare Definition nicht vor, da es viele Wege gibt, die dem allgemeinen Gebrauch dienen, trotzdem aber nicht öffentliche sind.[4] Dieser Mangel der Definition war jedoch erkannt und kam auch in den Motiven zu dem Entwurfe zum Ausdruck.[5]

---

2) Durcks. des Abgeordnetenhauses 1875, Nr. 331, S. 5.
3) Drucks. des Abgeordnetenhauses 1877, Nr. 181, S. 6.
4) Germershausen, S. 4.
5) Drucks. des Abgeordnetenh. 1877, Nr. 181, S. 6.

Bei dem Suchen nach einer Definition für den öffentlichen Weg ist davon auszugehen, daß der Begriff der Oeffentlichkeit ein juristischer ist, der sich mit der tatsächlichen Oeffentlichkeit, d. h. mit dem ungehinderten Verkehr, nicht zu decken braucht.[6]

Dementsprechend ist eine Definition nicht auf die Oeffentlichkeit eines Weges abzustellen, sondern es ist von den Momenten auszugehen, die aus rechtlichen Gründen den Weg zu einem öffentlichen machen.

Diese Momente sind daher zunächst darzulegen.

Die Notwendigkeit der Bestimmung des Weges für die Oeffentlichkeit durch die Polizei.

Die Notwendigkeit einer Bestimmung des Weges zum öffentlichen Gebrauche folgt nach preußischem Recht daraus, daß die öffentlichen Wege polizeiliche Anstalten sind,[1] oder wie Lassar sagt,[2] daß die Trägerin der Sonderlast, die auf den öffentlichen Wegen ruht, die Polizei ist.

Nach § 55 ZG. nämlich hat die Polizei die Sorge dafür, daß den Bedürfnissen des öffentlichen Verkehrs in Bezug auf das Wegewesen Genüge geschieht. Als genügende Sorge für das Wegewesen kann es aber nicht angesehen werden, wenn nur die bereits bestehenden öffentlichen Wege erhalten und der Verkehr auf ihnen gewährleistet wird. Das Verkehrsbedürfnis verlangt vielmehr mitunter auch, daß neue Wege geschaffen werden. Das Verkehrsbedürfnis ist keine feststehende Größe, es ändert sich stets, z. B. aus wirtschaftlichen und politischen Gründen. Der sich steigernde Verkehr oder eine Verschiebung der politischen Grenzen können Gründe sein, die es abändern. Aus § 55 ZG. ergibt sich also auch, daß es Pflicht der Polizei ist, neue Wege nach Maßgabe des Verkehrsbedürfnisses zu schaffen. Polizeiliche Anstalten sind also dieWege, weil für ihre Entstehung und Erhaltung die Polizei zu sorgen hat.

Daraus, daß die Polizei also weitgehende Pflichten hat, wenn ein öffentlicher Weg da ist, ergibt sich, daß die Polizei

---

6) Germershausen, S. 12.
1) OVG. in Pr.Verw.Bl. 40, 299; 47, 192, Germershausen, S. 3, § 1, Anm. 2 u. 3.
2) S. 74 I.
3) Entsch. d. OVG. in Bd. 39, S. 219 und in Pr.Verw.Bl. Bd. 47, S. 192.

zuständig für die Schaffung von Wegen ist, und es muß daraus gefolgert werden, daß ihre Zuständigkeit nicht umgangen werden kann.

Denn könnte eine wirksame Bestimmung des Weges zum öffentlichen Verkehr ohne Mitwirken der Polizei durch Privatpersonen erfolgen, so würden sich die Pflichten der Polizei durch die Bestimmung dieser Privatpersonen erweitern, weil die Polizei Pflichten gemäß § 55 ZG. hat, wenn erst einmal ein öffentlicher Weg da ist. Daß aber eine Behörde durch willkürliches Vorgehen von Privatpersonen zur Uebernahme öffentlichrechtlicher Pflichten gezwungen werden kann, ist nicht möglich.

So hat auch das Oberverwaltungsgericht wiederholt hervorgehoben,[3] daß es keinem Privatmann und auch keiner Gemeinde möglich ist, einen öffentlichen Weg zu schaffen.

Zwar haben die Gemeinden, soweit sie Träger der Wegebaulast sind, eine Pflicht, die Wege anzulegen, soweit sie dem Verkehrsbedürfnis entsprechen, und sie können durch die Polizei zur Erfüllung dieser Pflicht gezwungen werden. Aber aus dieser Pflicht folgt noch kein Recht. Will der Wegebaupflichtige seine Pflicht erfüllen, so braucht er die Zustimmung der Polizei, die diese nach ihrem Gutdünken erteilen und versagen kann. Gezwungen kann die Polizei dazu nicht werden, auch nicht durch eine Klage im Verwaltungsstreitverfahren. Das folgt aus § 57 ZG., wonach gegen die Verweigerung der beantragten Einziehung eines Weges nur die Beschwerde im Aufsichtswege möglich ist. Dasselbe aber, was für die Einwilligung zur Einziehung eines öffentlichen Weges gilt, muß auch für die Einwilligung zur Errichtung eines öffentlichen Weges gelten.[4]

Wenn also die Errichtung eines öffentlichen Weges von irgend einer Seite beantragt wird, die Polizei den Antrag aber ablehnt, so bleibt nur der Weg der formlosen Dienstaufsichtsbeschwerde übrig, um die Schaffung des öffentlichen Weges zu erreichen.

Eine Ausnahme von dem Bestimmungsrecht der Polizei ist nicht darin zu sehen, daß nach dem Baufluchtliniengesetz vom 2. Juli 1875 dem Gemeindevorstand das Recht eingeräumt ist, die Baufluchtlinie festzusetzen. Denn die Anlegung

4) OVG. in Bd. 39, S. 219.

der Baufluchtlinie und die Schaffung eines öffentlichen Weges ist keineswegs identisch. Die Festsetzung der Baufluchtlinie kann nur die Bedeutung einer Vorbereitung für die Anlegung von Straßen haben. Die Folgen, die an diese Festsetzung geknüpft sind, wie zum Beispiel das Verbot des Bebauens, dient nur zur Erleichterung einer späteren Straßenanlegung. Diese selbst jedoch muß stets von der Polizei ausgehen.[5]

Mit dem hier entwickelten Satze, daß nur durch Mitwirkung der Polizei ein öffentlicher Weg entstehen kann, läßt es sich wohl vereinbaren, wenn manche Gesetze die Entstehung eines öffentlichen Weges ohne polizeiliche Mitwirkung vorsehen.[6]

Denn in diesen Fällen beruht die Schaffung des öffentlichen Weges auf Gesetz; also ist auch Gesetz die Grundlage für die Pflichten der Polizei, deren Umfang sich durch Hinzukommen eines neuen Weges erweitert.

In diesem Falle aber braucht die Polizei, obgleich sie auch hier Trägerin der Sonderlast ist, der Begründung derselben nicht zuzustimmen, weil ihr Wille angesichts des Gesetzes, das die Grundlage für die Oeffentlichkeitserklärung des Weges bildet, also die Begründung der Sonderlast gegen den Willen der Polizei billigt, unerheblich wäre.

Weil ein Gesetz im Einzelfalle die Zustimmung der Polizei ersetzen kann, bedurfte es auch einer Widmung durch die Polizei nicht, wenn der preußische König als Träger der gesetzgebenden Gewalt im Jahre 1778 durch eine Ordre eine Brücke oder einen Weg zu einem öffentlichen erklärte, weil zu dieser Zeit der königliche Wille Gesetz war, und angesichts des Gesetzes die Widmung überflüssig ist.[7]

Die Notwendigkeit der Einwilligung des Eigentümers.

Aber nicht nur die Polizei muß bei der Entstehung des öffentlichen Weges mitwirken, sondern es sind noch andere Faktoren hierbei beteiligt.

Wie weiter unten noch näher dargelegt werden soll, hat eine Indienststellung des Grund und Bodens für den öffent-

5) OVG. 39, 219 und OVG. 76, 364.

6) So kann durch Rezeß im Auseinandersetzungsverfahren, durch landespolizeiliche Planfeststellung gemäß §§ 4, 14, des Eisenbahngesetzes vom 3. Nov. 1838 (Ges. Samml. S. 505) und durch Planfeststellungsbeschluß vom 11. 6. 1874 (Ges. Samml. S. 221) ein öffentlicher Weg geschaffen werden, ohne daß die Polizei unmittelbar daran beteiligt ist.

7) Entsch. d. OVG. in Pr.Verw.Bl. 18, S. 54.

8) Wenn die Voraussetzungen der Enteignung vorliegen, kann die Zustimmung des Eigentümers durch die Enteignung ersetzt werden.

lichen Verkehr weitgehendste Folgen für den Eigentümer des Bodens. Dieser muß nämlich jede Benutzung des Bodens dulden, soweit sie für den öffentlichen Verkehr erforderlich ist.

Diese umfangreiche Last kann der Eigentümer nicht ohne weiteres gezwungen werden, auf sich zu nehmen. Ein solcher Eingriff in das Privateigentum ist zwar zulässig im Wege der Enteignung; er kann auch nicht verhindert werden, wenn ein Gesetz ihn zuläßt. Da aber in diesem Falle kein Gesetz die Behörde ermächtigt, über Privateigentum zu verfügen, ist es grundsätzlich[8] nötig, daß der Eigentümer damit einverstanden ist, daß der Weg öffentlich wird.

Wenn man den in diesen Sätzen liegenden Grundgedanken, daß niemand durch das Oeffentlichwerden des Weges ohne seine Zustimmung Rechte verlieren darf, konsequent durchführen wollte, dann müßte man auch die Notwendigkeit der Zustimmung derjenigen, die an dem Grundstück dingliche Rechte haben, anerkennen.

Hinsichtlich der Zustimmung sind zwar manche dinglich Berechtigte dem Eigentümer gleichgestellt, zum Beispiel der Fideicommißbesitzer[9]. Aber der Hypothekengläubiger ist gänzlich ohne Schutz gegen eine möglicherweise eintretende Entwertung des Bodens durch das Oeffentlichwerden. Es besteht insoweit eine Ausnahme von dem Satze, daß derjenige, der Rechte an dem Grundstück durch das Oeffentlichwerden verliert, oder dessen Rechte dadurch beeinträchtigt werden, mit der Widmung für den öffentlichen Verkehr einverstanden sein muß.[10]

Aber man kann sich wohl über den Hypothekengläubiger und dessen Rechte am Grundstücke hinwegsetzen, weil die Entwertung des Grundstücks dadurch, daß auf einem Teil desselben ein öffentlicher Weg angelegt wird, im allgemeinen nicht groß sein wird, und die Entwertung nur dann ins Gewicht fallen wird, wenn das Grundstück sehr klein ist.

Die Notwendigkeit der Widmung durch den Wegebaupflichtigen.

Einen öffentlichen Weg ohne einen zum Unterhalt öffentlichrechtlich Verpflichteten kann es nicht geben. (Oberverwaltungsgericht Band 35, S. 298.)

9) Entsch. d. OVG. in Bd. 50, S. 353.
10) Schultzenstein in Deutsch. Jur. Ztg. 1911, S. 1523.

Dieser Satz ergibt sich aus der Anwendung eines staatsrechtlichen Grundsatzes auf das Gebiet des Wegerechts. Da nämlich Ausgaben des Staates ihre verfassungsmäßige Schranke in dem Haushaltungsrecht der Volksvertretung finden,[11] könnte an sich auch die Wegepolizei keinen öffentlichen Weg schaffen, wenn nicht die zur Unterhaltung erforderlichen Mittel von der Volksvertretung bewilligt wären.[12]

Von dieser Abhängigkeit von Etat und Volksvertretung ist die Polizei zwar in vielen Fällen dadurch befreit, daß von vornherein Gemeinden, Kreise und Provinzen öffentlichrechtlich verpflichtet sind, die Kosten für Bau und Unterhaltung der öffentlichen Wege zu tragen. Diese Verflichtung haben die genannten Verbände jedoch nur dann, wenn es sich um im Verkehrsinteresse unbedingt erforderliche Wege handelt. Die Polizei würde also dem Staate eine mit Geldausgaben verbundene Verpflichtung auferlegen, wenn sie einen Weg, der nicht durchaus notwendig ist, schaffen könnte, ohne daß vorher jemand die Wegebaupflicht übernommen hat. — Denn für die Unterhaltung einer öffentlichen Sache hat grundsätzlich der Staat zu sorgen. —

In diesen Fällen kann die Polizei nur dann einen öffentlichen Weg schaffen, wenn sich jemand ausdrücklich zur Tragung der Kosten des Baues und der Unterhaltung verpflichtet hat. Denn erst dann besteht für die Polizei die Möglichkeit, d. h. die finanzrechtliche Voraussetzung, einen Weg zu schaffen.[13]

An der grundsätzlichen Richtigkeit dieser Sätze ändert der Umstand nichts, daß in den meisten Fällen ein öffentlichrechtlicher Verband da ist, der von vornherein die Pflicht hat, die Kosten zu tragen, und daß die übrigen Fälle eine Ausnahme bilden. Der Satz des Oberverwaltungsgerichts von der Notwendigkeit des Vorhandenseins eines Baupflichtigen ergibt sich aus dem Finanzrecht des Staates und besteht zum Schutze der staatlichen Finanzen vor Inanspruchnahme zu einem Zwecke, der von der Volksvertretung nicht gebilligt ist. Daraus ergibt sich auch die Erklärung dafür, daß erst dann das Vorhandensein eines Wegebaupflichtigen von den Verwaltungsgerichten anerkannt wird, wenn dieser sich bedin-

11) Meyer-Anschütz, § 205, Anm. 6.
12) Laxar, Grundbegriffe . . . S. 78.
13) Laxar, Grundbegriffe, S. 80.

gungslos zur Tragung der Kosten verpflichtet hat. Dann erst ist der Unterhaltungsaufwand restlos sicher gestellt.

So hat das Oberverwaltungsgericht[14] eine Erklärung, die wörtlich lautete: „Die Unterhaltung des ganzen Weges liegt mir ob, und zwar solange, bis etwa die politische Gemeinde H. diese Last übernimmt", dahin ausgelegt, daß es sich um eine vorläufige Verpflichtung handele, weil offensichtlich mit der späteren Uebernahme durch die Gemeinde gerechnet sei. Obwohl in diesem Falle die Gemeinde als Eigentümerin des Bodens und andererseits die Polizei die Widmung vollzogen hatte, so nahm das Oberverwaltungsgericht doch nicht das Bestehen eines öffentlichen Weges an, weil die Zustimmung eines Wegebaupflichtigen, der, solange der Weg überhaupt bestehen würde, ihn zu unterhalten sich verpflichten wollte, fehle.

Die Widmungstheorie.

Es ist bisher festgestellt, wer die Oeffentlichkeit eines Weges zu bestimmen hat, und warum diese drei Beteiligten zuzustimmen haben.

Diese sog. „Widmungstheorie" ist durch die fortgesetzte Praxis des Oberverwaltungsgerichts geschaffen worden, und auch bis heute durch die ständige Rechtsprechung erhalten geblieben.

Diese Theorie haben sich auch neuere Wegeordnungen zu eigen gemacht. So sagen die Wegeordnungen für die Provinz Posen vom 15. Juli 1907 (Ges. Samml. S. 243) und für Ostpreußen vom 10. Juli 1911 (Ges. Samml. S. 99) in § 2: „Oeffentliche Wege sind Wege, die mit öffentlichrechtlicher Wirksamkeit für den allgemeinen Verkehr bestimmt sind".

Auch der überwiegende Teil der Wissenschaft steht heute auf dem Boden der Widmungstheorie.

So Strauß und Torney in Verw. Arch. 2, 350 und Verw. Arch. 3, 414; Anschütz im Verw. Arch. 5, 431; Jebens im Pr. Verw. Bl. 22, 610; v. Eschtruth, Der öffentliche Weg, Berlin 1902; Meyer-Dochow, Lehrbuch des Deutsch. Verw. Rechts, 3. Aufl. § 94; Friedenthal, Preuß. Wegerecht, S. 10; Albert Zorn in Stengel-Fleischmanns Wörterbuch, 2. Aufl. § 2 II, 1; v. Reitzenstein, Das Deutsche Wegerecht; Lassar, Grundbegr. § 6 S. 38 u. a.

14) Entsch. d. OVG. in Pr.Verw.Bl. 26, 182.

Bekämpft wird indessen die Widmungstheorie von Schultzenstein[15]. Er führt aus, daß nach § 55 ZG. die Wegepolizei dafür zu sorgen habe, daß den Bedürfnissen des öffentlichen Verkehrs in Bezug auf das Wegewesen Genüge geschehe. Sie sei mithin die einzige Stelle, der eine öffentlichrechtliche Einwirkung auf das Wegewesen zustehe. Ohne ihre Mitwirkung könne ein öffentlicher Weg überhaupt nicht entstehen, andererseits könne sie den Eigentümer und den Wegebaupflichtigen gegen ihren Willen zwingen, öffentliche Wege anzulegen. Demgemäß sei für die Frage der Oeffentlichkeit eines Weges nur das Verhalten der Polizei maßgebend.

Daß diese Ansicht nicht zutreffend ist, beweisen die oben gemachten Ausführungen über die Notwendigkeit der Mitwirkung des Eigentümers und des Wegebaupflichtigen.

Die Auffassung Schultzensteins ist bis jetzt auch ohne Anhänger geblieben, bis auf Lassar[16], der seine Meinung ähnlich begründet, wie Schultzenstein.

Es ist zwar zuzugeben, daß der Widmung durch die Polizei eine hauptsächliche Bedeutung zukommt; da aber das Fehlen der Widmung eines der drei Beteiligten die Widmung unwirksam macht, geht es nicht an, das Verhalten des Eigentümers und des Wegebaupflichtigen als rechtlich bedeutungslos hinzustellen.[17]

Die rechtliche Natur der Widmung.

Um die Art und die Folgen der Widmung richtig würdigen zu können, ist die Untersuchung der Frage nach der rechtlichen Natur der Widmung nötig. Meistens wird diese Frage gar nicht beantwortet. Es heißt gewöhnlich nur, daß eine rechtliche Beteiligung vorliegt, und daß die Widmung kein Vertrag sei.[18] Wenn Apelt[91] die Widmung als Verwaltungsakt bezeichnet, so ist hiermit kaum etwas näheres zur Klärung der Frage nach der rechtlichen Natur der Widmung gesagt, da dieser Begriff viel zu umfassend ist. Es kam in der Schrift Apelts auch mehr darauf an, einen Gegensatz zwischen dem Verwaltungsakt und dem öffentlichrechtlichen Vertrage festzustellen.

---

15) Schulzenstein in Pr.Verw.Bl. Bd. 34, S. 765.
16) Lassar, S. 73.
17) Jellinek, Das Verwaltungsrecht, S. 491 und Guba, Seite 11.
18) Germershausen, S. 6 und 7.
19) Apelt, S. 112.

Soweit jedoch zu der Frage Stellung genommen ist, wird die Widmung als Verwaltungsakt auf Unterwerfung bezeichnet.[20]

Dabei scheint die Bedeutung des Ausdrucks V. a. U. sehr weit gefaßt zu sein. Jedenfalls scheint hier der Ausdruck kaum in der Bedeutung gebraucht zu sein, wie sie der Schöpfer des Ausdrucks ihm beigelegt hat.

Otto Mayer faßt die Einwilligung des Bürgers bei dem Verwaltungsakt auf Unterwerfung als Ersatz für die fehlende gesetzliche Ermächtigung, den Akt ohne die Einwilligung vorzunehmen, auf. Er vergleicht ferner den V. a. U. mit dem Civilurteil, das auch nur auf Antrag gefällt werden kann.[21]

Daraus muß der Schluß gezogen werden, daß Otto Mayer nur den Akt als V. a. U. bezeichnet, der auch dann wirksam ist wenn eine Unterwerfung d. h. eine Einwilligung des Bürgers, einmal zufällig nicht da ist. Denn ein Urteil, daß jemanden mit einer Klage abweisen würde, die er gar nicht erhoben hat, ist nicht ohne weiteres nichtig.[22] Ist es also Wesen des Verwaltungsakts auf Unterwerfung, daß seine Gültigkeit unabhängig von der Unterwerfung ist, so wäre es mit den oben ausgeführten Sätzen von der Notwendigkeit der Mitwirkung der einzelnen Beteiligten unvereinbar, die Widmung als V. a.U. zu bezeichnen. Denn es war festgestellt, daß die Polizei allein eine Widmung nicht vornehmen kann, daß eine solche vielmehr ungültig ist, wenn nicht die Widmung der anderen Beteiligten hinzukommt. Die Widmung ist demnach kein V.a.U. in dem Sinne, wie Otto Mayer ihn gebraucht.

Andererseits ist die Widmung aber auch kein Vertrag. Unter einem öffentlichrechtlichen Vertrage versteht man einen solchen, der ein öffentliches Rechtsverhältnis begründet, ändert oder aufhebt.[23] Ein solcher Vertrag kann aber nur dann vorliegen, wenn sich Staat und Untertan völlig gleich geordnet gegenüber stehen, wenn die Mitwirkung des Staates vor der des Bürgers nichts voraus hat. Dies ist dann der Fall, wenn sich der Staat aus irgend welchen Gründen seiner Machtbefugnisse völlig begeben hat.[24]

---

20) Fleiner, S. 160; Lassar, S. 76.
21) ZPO. § 571. I; Jellinek, 2seitiger Verw.Akt, S. 89.
22) O. Mayer, S. 93.
23) Jellinek, Verw.Akt., S. 105.
24) Jellinek, Verw.Akt., S. 104.

Bei der Widmung hat die Polizei nicht den geringsten Grund, sich ihrer Hoheitsrechte zu entkleiden. Im Gegenteil, die Polizei ist auf Grund einer öffentlichrechtlichen Vorschrift tätig (§ 55 ZG.), wenn sie einen Weg dem allgemeinen Verkehr widmet, und es besteht für sie eine öffentlichrechtliche Pflicht, nach der Widmung für die Möglichkeit eines ungehinderten Verkehrs Sorge zu tragen. Es erscheint demnach ausgeschlossen, daß sie sich bei der Widmung ihrer Hoheitsrechte begibt und als gleichstehend mit dem Bürger sich einigt.

Es ist ferner anerkannt, daß bei der Widmung der Polizei das hauptsächliche und wichtigste Bestimmungsrecht zusteht.[25] Auch daraus geht hervor, daß die Polizei bei der Widmung eine überragende Stellung einnimmt, also nicht mit dem Bürger auf einer Stufe steht.

Endlich läßt sich das ganze Wesen der Widmung nicht mit einem Vertrage vereinbaren. Denn die Widmungserklärungen der drei Beteiligten können ganz unabhängig von einander vor sich gehen.[26] Einem Vertrage jedoch ist es eigentümlich, daß sich mehrere Parteien untereinander zur Erreichung eines bestimmten Zweckes einigen.[27] Von einer solchen Einigung kann keine Rede sein, wenn es genügt, daß jede Partei eine Erklärung für sich abgibt.

In einer Reichsgerichtsentscheidung[28] ist zwar von einem Vertrage die Rede, der bei der Widmung zwischen den Beteiligten stillschweigend geschlossen wird. Daß es sich bei der Widmung um einen Vertrag handelt, ist jedoch daraus nicht zu folgern. Denn diese Reichsgerichtsentscheidung wollte wohl auch kein Urteil über die Natur des Vorganges fällen, der sich zwischen den Beteiligten abspielt. Der Ton liegt nicht auf dem Wort Vertrag, sondern auf stillschweigend. Von der Revision war nämlich bemängelt worden, daß stillschweigend, also ohne ausdrückliche Erklärung, eine Widmung des Weges für den öffentlichen Verkehr überhaupt nicht erfolgen könne. Demgegenüber erklärt das Reichsgericht, daß es einen Rechtsgrundsatz nicht gebe, wonach Vertragserklärungen entsprechenden Inhaltes nicht durch schlüssiges Verhalten abgegeben werden könnten. Es kam also hier nicht darauf an, festzustellen, als was sich das Zu-

25) Germershausen, S. 3, 4.
26) Germershausen, S. 11; OVG. Bd. 54, S. 344.
27) Achilles-Greiff, Vorbem. 1 vor § 102.
28) R.G. in Gruchot Bd. 57, S. 187.

sammenwirken der drei Beteiligten darstellt, sondern, ob eine Erklärung dieses Inhaltes stillschweigend erfolgen könne. Deshalb braucht die fälschliche Bezeichnung als Vertrag in diesem Zusammenhange nicht weiter berücksichtigt zu werden.

Es war also bisher festgestellt, daß die Widmung kein Staatshoheitsakt auf Unterwerfung, in dem Sinne, wie Otto Mayer diesen Ausdruck gebraucht, ist, daß aber auch bei der Widmung kein Vertrag geschlossen wird.

Sie stellt sich vielmehr als ein Verwaltungsakt dar, bei dem die Mitwirkung des Bürgers oder eines öffentlichrechtlichen Verbandes unerläßlich zu seiner Wirksamkeit ist, der also nicht auch dann gültig ist, wenn die Mitwirkung des Bürgers einmal zufällig fehlt. Da sich aber Staat und Bürger bei der Widmung auch nicht gleichgeordnet gegenüber stehen, liegt der Platz für die Widmung zwischen dem Verwaltungsakt auf Unterwerfung und dem öffentlichrechtlichen Vertrage. Es ist ein Verwaltungsakt, wie ihn Jellinek[92] als zweiseitigen Verwaltungsakt bezeichnet, für den Fall, daß nur zwei Beteiligte vorhanden sind. Man könnte demnach die Widmung zutreffend als dreiseitigen Verwaltungsakt kennzeichnen. Bei ihm zieht das Fehlen der Mitwirkung eines Beteiligten die Unwirksamkeit nach sich.[30]

Die Möglichkeit einer Widmung durch konkludente Handlungen.

Nach überwiegender Meinung kann die Widmung durch die drei Beteiligten auch stillschweigend, durch konkludente Handlungen erklärt werden, da ein Erklärungswille nicht nur aus Worten, sondern auch aus Handlungen, aus denen sich der Wille ergibt, geschlossen werden kann.[31]

Demgegenüber fehlt es nicht an Meinungen, die eine konkludente Willenserklärung im öffentlichen Recht für unzulässig halten.

Als ein Gegner der konkludenten Willenserklärung im öffentlichen Recht wird häufig Schultzenstein auf Grund seines Aufsatzes „Stillschweigende Willenserklärung“[32] angeführt.[33] Doch geschieht dies zu Unrecht. Schultzenstein sagt selbst

29) Jellinek, der zweiseitige Verwaltungsakt . . ., S. 108.
31) am selben Orte, S. 117.
31) Entsch. des OVG. in Pr.Verw.Bl. 14, S. 608 und 23, 90; R.G. 48, 299 u. 225; Laband, Dt.St.R. II, S. 452; Germershausen, S. 11; Wand, S. 38.
32) Pr.V.Bl. 19, 705.
33) Germershausen, S. 13; Lassar, S. 75.

an anderer Stelle,[34] daß bei der Widmung der Wille keiner ausdrücklichen Erklärung bedarf, sondern daß es genügt, wenn er sich aus den näheren Umständen ergibt, und daß es zu weit gehen würde, wenn man jede Möglichkeit einer stillschweigenden Willenserklärung verneinen wollte.

Schultzenstein wendet sich in dem genannten Aufsatze dagegen, daß man eine stillschweigende Willenserklärung der Polizeibehörde dann unterstellt, wenn keinerlei Anzeichen für einen solchen Willen da sind, und insbesondere, wenn der Wille sich nicht aus bestimmten Handlungen klar erkennen läßt. Er bekämpft vor allem die Ansicht, daß es möglich ist, von einer stillschweigenden Willenserklärung dann zu reden, wenn nur Stillschweigen von einer Seite vorliegt, ohne daß besondere Umstände hinzutreten, aus denen folgt, daß hier das Stillschweigen die Bedeutung einer Willenserklärung haben sollte.

Der Aufsatz bildet einen Beitrag zu dem früher lebhaften Streite zwischen Erklärungs- und Willenstheorie. Die Vertreter der ersteren[35] wollten nur das gelten lassen, was tatsächlich erklärt war, gleichgültig, ob es sich mit dem Willen deckte oder nicht. Die Anhänger der Willenstheorie dagegen stellten die Wirksamkeit der Erklärung darauf ab, ob sie dem wirklichen Willen entsprach, legten also das Hauptgewicht auf den Willen.[36]

Seitdem das Bürgerliche Gesetzbuch in dieser Frage einen vermittelnden Standpunkt eingenommen hat (§§ 116 ff.), ist die Ansicht durchgedrungen, daß der wahre Wille maßgebend ist, jedoch nur insoweit, als er der Außenwelt durch ausdrückliche Erklärungen, oder durch Handlungen, die mit Bestimmtheit auf den Willen schließen lassen, zur Kenntnis gelangt ist.[37]

Dieser Ansicht sucht Schultzenstein in dem genannten Aufsatz auch für die Widmung Geltung zu verschaffen. Da sie sowohl für das öffentliche Recht, als auch für das private Recht zutreffend ist, ist Schultzenstein beizutreten, jedoch ist sein Aufsatz nicht als Verneinung der Zulässigkeit der konkludenten Willenserklärung im öffentlichen Recht aufzufassen.

---

34) Pr.V.Bd. 34, 164 u. D.J.Z. 1911, S. 1626.
35) Hauptvertr.: Danz, S. 6 ff.
36) R. Henle, S. 1 ff.
37) Staudinger, Vorbem. 6 vor §§ 116 BGB., Achilles-Greiff, Anm. 1 zu § 157; RG. in JW. 11, 90; 12, 344; 15, 571.

Anders ist die Stellungnahme Lassars[38] zu der Frage. Er geht davon aus, daß die mittelbare Willenserklärung, wie er die „stillschweigende" Willenserklärung richtiger nennt, ein Verhalten ist, welches auf das Vorhandensein des Willens auch ohne seine ausdrückliche Erklärung einen sicheren Schluß zuläßt.[39] Der Wille der Polizei müsse aber nicht unbedingt auf Widmung gerichtet sein, wenn die Wegepolizeibehörde zum Beispiel ihre amtliche Fürsorge dem Wege zugewendet habe, oder wenn durch sie die Ansiedlung an einem Wege gestattet worden sei. Denn es sei ebenso möglich, daß in diesen Fällen die Polizei tätig geworden sei, nicht weil sie ein öffentliches Rechtsverhältnis begründen wollte, sondern weil sie es irrtümlich als bestehend voraussetzte. Deshalb könne hier aus ihrem Verhalten ein sicherer Schluß nicht gezogen werden.

Diese Ansicht ist an sich zutreffend, doch folgt daraus nicht, daß in den angegebenen Fällen kein öffentlicher Weg durch das Verhalten der Polizei entstanden ist. Denn wie im Privatrecht ein Verhalten nach der Bedeutung zu werten ist, die es im allgemeinen hat, und die ihm nach der Lebenserfahrung zuzumessen ist, gleichgültig, ob der Betreffende seinem Verhalten gerade die Bedeutung zugemessen hat, so ist auch im öffentlichen Recht das Verhalten der Polizei oder eines anderen bei der Bildung eines öffentlichen Rechtsverhältnisses Beteiligten so auszulegen und darf so aufgefaßt werden, wie es nach allgemeiner Erfahrung zu würdigen ist. Wenn die Polizei ihre wegerechtliche Fürsorge einem Wege zuwendet, so darf daraus geschlossen werden, daß die Polizei ihn nicht nur als öffentlichen betrachtet, sondern auch, daß sie will, daß dieser Weg allgemein als öffentlicher gelten soll, mit anderen Worten, daß sie ihn dem öffentlichen Verkehr widmen wollte. Selbst wenn die Polizei im Einzelfalle nicht den Willen gehabt haben sollte, den Weg als öffentlichen zu erklären, so ist dies angesichts ihres Verhaltens, das gewöhnlich auch als Widmung anzusehen ist, unerheblich. Einen anderen Einwand gegen die konkludente Willenserklärung führt Apelt[40] an: nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch müßten manche Willenserklärungen ausdrücklich abgegeben werden. Der Zweck dieser Vorschriften sei, für besonders wichtige Rechtsgeschäfte eine möglichst

38) Grundbegriffe, S. 97.
39) Kipp zu Windscheid, I, § 72, S. 338.
40) Apelt, der verwaltungsrechtliche Vertrag, S. 29 ff.

große Klarheit zu schaffen. Denn die konkludente Willenserklärung sei nur dann geeignet, dem Willen deutlich Ausdruck zu geben, wenn die Verhältnisse besonders einfach lägen, so daß die erwartete Willensklärung zwar nach der einen oder nach der anderen Richtung gehen könne, ihr Inhalt aber für jeden dieser beiden Fälle bestimmt vorauszusehen sei. Diese einfachen und klaren Verhältnisse fehlten aber im öffentlichen Recht, hier müsse der Vertragsinhalt erst aus der Erklärung der Parteien gewonnen werden. Diese größtmöglichste Klarheit sei besonders deshalb wichtig, weil es sich im öffentlichen Recht um Interessen der Allgemeinheit handele.

Der Ausführung Apelts ist zuzustimmen, soweit es sich wirklich um komplizierte Geschäfte des öffentlichen Rechts handelt. Bei der Widmung jedoch liegen die Verhältnisse nicht so. Die Erklärungen der Beteiligten, daß sie den Weg als öffentlichen wollen, sind so einfach, wie sie nur gedacht werden können. Auch ist ihr näherer Inhalt, wenn auch nicht gesetzlich, so doch durch Wissenschaft und Praxis ganz genau festgelegt. Denn welche rechtliche Wirkungen das Oeffentlichwerden eines Weges hat, das steht fest; es ist vor allem die Berechtigung zum Gemeingebrauch.

Die Widmungserklärungen sind ihrem Inhalt nach besonders deshalb einfach, weil eine Widmung nicht unter einer Bedingung oder einer Befristung erfolgen kann.[41] Denn in der Widmung zum öffentlichen Wege liegt etwas Bedingungsfeindliches, da er bestimmt ist, dauernd und unbeschränkt dem öffentlichen Verkehr zu dienen.

Also mag nach den Ausführungen Apelts die konkludente Willenserklärung für manche nicht einfache Willensäußerungen, etwa für eine Konzessionserteilung mit Bedingungen und Auflagen, ungeeignet sein; gegen die Gültigkeit einer Widmung durch konkludente Willenserklärung folgt aus ihnen nichts.

Die Bedeutung der konkludenten Willenserklärung für die Beurteilung eines Weges als Oeffentlicher.

Nachdem die Zulässigkeit einer konkludenten Willenserklärung bejaht ist, sollen im einzelnen die Umstände aufgeführt werden, die die Annahme rechtfertigen, daß eine Widmung erfolgt ist.

41) Guba, Seite 14.

Nach § 4 des Gesetzes vom 21. Mai 1861 sollen die Wege in das Kataster als steuerfrei eingetragen werden, welche zum öffentlichen Gebrauch bestimmt sind. Eine gewisse Vermutung spricht dafür, daß die hier eingetragenen Wege öffentlich sind. Doch die Angaben, ob ein Weg zum öffentlichen Verkehr dient, sind in erster Linie von denen gemacht, die ein Interesse an der Eintragung wegen der Steuerfreiheit hatten.

Man kann daher mit Recht annehmen, daß die Beurteilung, ob der Weg zum öffentlichen Verkehr diente, nicht allzugenau genommen wurde.[42] Abgesehen davon kann sich die Oeffentlichkeit des Weges inzwischen geändert haben. Außerdem ist die Eintragung in das Kataster nur ein Beweis dafür, daß der Weg damals als öffentlicher angesehen wurde. Ob er wirklich damals schon ein öffentlicher war, oder ob er nur zufolge eines Rechtsirrtums als solcher erschien, ist damit nicht gesagt. Und ein solcher Irrtum ist auch leicht denkbar, da man wohl nicht in jedem Falle auf die Widmung der Polizei oder des Wegebaupflichtigen Rücksicht nahm, und diese hinwiederum kein Interesse hatten, der Eintragung zu widersprechen, weil sie keine konstitutive Bedeutung hatte.[43]

Ferner spricht dann eine Vermutung für die Oeffentlichkeit, wenn der Boden auf dem der Weg verläuft, im Eigentum der Gemeinde steht, Aus dem Umstande nämlich, daß das Eigentum einem Verbande zusteht, der besteht, um der Allgemeinheit zu dienen, wird man schließen können, daß, wie überhaupt das Eigentum dieses Verbandes, so auch dieser Weg dazu da ist, der Allgemeinheit zu dienen.

Dieser Schluß ist besonders gerechtfertigt, wenn nur der Weg ohne das angrenzende Land der Gemeinde gehört. Denn dann fehlt es meistens an einem ersichtlichen Interesse der Gemeinde an dem Eigentum dieses Weges, es sei denn, ihn für den öffentlichen Verkehr zur Verfügung zu stellen. Gehört jedoch auch das an den Weg angrenzende Land der Gemeinde, führt der Weg zum Beispiel durch Gemeindeforsten, dann kann die Gemeinde auch ein anderes Interesse an dem Eigentum des Weges haben; auf solche Wege kann sich die Vermutung, daß sie dem öffentlichen Verkehr gewidmet sind, nicht erstrecken.[44]

42) OVG. Bd. 45, 250; Bering, S. 2; Schultz, S. 15.
43) RG. in Pr.Verw.Bl. 18, 131; Friedenthal, S. 49.
44) OVG. 10, 355; R.G. 6, 207.

Ein bedeutsames Merkmal für die Oeffentlichkeit ist die Beherrschung des Weges durch die Polizei.[45] In Frage kommen hier vor allem Akte der Wegepolizei. Wenn diese sich durch Anordnungen um den Weg kümmert, so ist das ein Zeichen dafür, daß die Polizei von nun an will, daß der Weg ein öffentlicher sein soll. Und selbst wen sie im Einzelfalle diesen Willen nicht gehabt haben sollte, muß die Polizei im Interesse der Oeffentlichkeit an klaren Verhältnissen auf diesem Gebiete ihr Verhalten als Bestimmung des Weges für die Oeffentlichkeit gelten lassen.

Es genügt jedoch nicht, daß, wenn die Oeffentlichkeit streitig wird, die Polizei erklärt, sie halte den Weg für einen öffentlichen. Denn die Auffassung der Polizei, daß ein Weg ein öffentlicher sei, ist für die Vergangenheit nie maßgebend. Entscheidend sind nur Handlungen der Polizei, aus denen sich für die Zukunft ergibt, daß der Weg ein öffentlicher sein soll.[46]

Es kann aber nicht umgekehrt daraus, daß die Polizei lange Zeit keine wegepolizeilichen Anordnungen erlassen hat, gefolgert werden, daß sie den Weg nicht als öffentlichen betrachtet. Denn besonders bei Wegen von untergeordneter Bedeutung ist es leicht möglich, daß für die Polizei lange Zeit kein Anlaß bestand, eine Verfügung zu erlassen.

Auch die äußere Beschaffenheit spielt eine Rolle für die Oeffentlichkeit des Weges, insofern, als man aus der Beschaffenheit auf den Willen der Beteiligten schließen kann. Ist ein Weg genügend breit und gut befestigt, und vielleicht mit Chausseesteinen versehen, so wird das darauf zurückzuführen sein, daß der Wegebaupflichtige den Weg für einen öffentlichen hält, und auch will, daß er dem öffentlichen Verkehr diene, besonders dann, wenn die Art und die Breite für den Verkehr einzelner nicht erforderlich wäre.[47]

Ist dagegen der Weg so schmal, daß ein geordneter Verkehr nicht stattfinden kann, so gibt Polizei und Wegebaupflichtiger dadurch zum Ausdruck, daß sie den öffentlichen Verkehr auf diesem Wege nicht wollen, weil anderenfalls der Weg für einen geordneten Verkehr brauchbar gemacht werden müßte. Dasselbe gilt, wenn ein Weg in einem Bache verläuft. Oder ist ein Weg sehr schlecht und ausgefahren, so daß seine

45) OVG. in Pr.Verw.Bl. 26, 538.
46) Urteil des Gerichtshof zur Entsch. der Kompet. Konfl. vom 12. 1. 1884, erörtert bei v. Reitzenstein, S. 15.
47) Germershausen, I, S. 15.

Beschaffenheit als öffentlicher polizeiwidrig wäre, so ist aus der schlechten Beschaffenheit und dem Nichteingreifen der Polizei zu schließen, daß der Weg nicht öffentlich ist.[48]

Wenn die wegebaupflichtige Gemeinde den Weg unterhalten hat, so kommt darin der Wille zum Ausdruck, daß dieser Weg dem öffentlichen Verkehr dienen soll. Denn aus einem anderen Grunde würde sich die Gemeinde nicht dazu bereit finden, einen Weg instandzuhalten. Die Instandhaltung muß jedoch deshalb erfolgt sein, weil eine öffentlichrechtliche Verpflichtung dazu vorlag, wenn man aus der Instandhaltung auf den Willen der Widmung schließen will. Nicht in Betracht kommt dagegen die Instandhaltung, die auf einem privatrechtlichen Vertrage beruht.[49]

Bedeutsam ist auch der Umstand, daß ein Weg die kürzeste oder beste Verbindung zwischen zwei Orten ist. Geht man nämlich davon aus, daß die Beteiligten einen öffentlichen Weg praktischer Weise dort wollen, wo er am zweckmäßigsten ist, so ergibt sich die Vermutung, daß der kürzeste Weg für den öffentlichen Verkehr gewidmet ist. Denn ein öffentlicher Weg muß auf jeden Fall zwischen zwei Orten vorhanden sein, weil die Möglichkeit des öffentlichen Verkehrs von einem Orte zum anderen da sein muß. Diesem Erfordernis ist aber auch genügt, wenn die Verbindung der Orte durch erhebliche Umwege gewahrt wird. Deshalb wird dieser Vermutung keine allzugroße Beweiskraft zukommen. Außerdem gilt die Vermutung nur für die Verbindung zwischen zwei Orten, und nicht für die Verbindung eines Gehöftes mit einem öffentlichen Wege, weil diese auch ein Privatweg sein kann.[50]

Ausschlaggebend für dieOeffentlichkeit kann die dauernde, ungestörte Benutzung durch das Publikum sein. Doch muß sie es nicht sein, es muß vielmehr hinzukommen, daß die Art und Weise, in der die Benutzung erfolgt, und in der sie gestattet wird, so wie sämtliche anderen Umstände auf eine Widmung schließen lassen.[51]

Die tatsächliche Benutzung wird meistens zum Beweise der Einwilligung des Eigentümers herangezogen werden können. Es handelt sich hierbei für den Eigentümer um recht erhebliche Entscheidungen. Deshalb wird man mit der Folge-

48) Pr.Verw.Bl. 25, 51.
49) OVG. in Pr.Verw.Bl. 17, 104.
50) OVG. in Pr.Verw.Bl. 7, S. 115.
51) OVG. 20, 217; OVG. in Pr.Verw.Bl. 13, 188.

rung, daß eine Widmung des Eigentümers aus seinem Verhalten zu schließen sei, äußerst vorsichtig sein müssen.[52]

Wenn der Eigentümer einen Weg sperrt, und darauf Beschwerden einlaufen, und dadurch der Eigentümer bewogen wird, die Sperrung zu beseitigen, so beweist er dadurch, daß er kein Recht auf die Sperrung des Weges zu haben glaubt, daß er ihn also als einen öffentlichen betrachtet, und demzufolge auch will, daß der Weg dem öffentlichen Verkehr diene. Oder wird ein Weg dauernd benutzt, und muß diese Benutzung dem Eigentümer offenbar lästig sein, z. B. weil der Weg durch sein Gehöft geht, und ergreift er trotzdem keine Gegenmaßnahmen, obwohl diese möglich sind, so wird der Weg als durch den Eigentümer dem öffentlichen Verkehr gewidmet gelten müssen.[53]

In diesen Fällen ergeben die näheren Umstände der Duldung des Verkehrs, daß eine Widmung gewollt ist. Man kann jedoch nicht auf eine Widmung schließen, wen der Eigentümer eines Parks Spaziergängern, selbst viele Jahre hindurch, die Benutzung der Parkwege gestattet. Denn der Eigentümer eines Parks wird nur unter ganz besonderen Umständen die Absicht haben, ihn dem öffentlichen Verkehr zu widmen.[54] War ihm dagegen die Benutzung äußerst lästig, und hat er sie trotzdem gestattet, so wird man eher eine Widmung annehmen können. Ist die Benutzung eines Weges nur widerruflich gestattet, so liegt es auf der Hand, daß eine dauernde öffentliche Benutzung nicht der Wille des Eigentümers war.[55] Auch bei Fußwegen wird man aus der freien Benutzung nicht viel folgern können. Denn nach § 63, I. 22 ALR. der durch AG. zum BGB. § 89 aufrecht erhalten ist, steht es jedermann frei, sich gebahnter Fußwege zu bedienen, wenn der Eigentümer nicht ein Verbot kenntlich macht.

Aus dem freien ungestörten Verkehr des Publikums auf einem Wege kann man jedoch nur auf den Willen des Eigentümers schließen. Schultz[56] sagt, das Wohl des Publikums stehe unter der Aufsicht der Polizei, wie sich aus § 10. II. 17 ALR.

52) Walter Jellinek, Das Verwaltungsrecht, 2. Aufl. S. 260, hält sogar eine stillschweigende Willenserklärung als dem Gedanken des Rechtsstaats widersprechend für unwirksam, wenn die Willenserklärung zu ungunsten des Bürgers erfolgt. Doch ist hier offenbar nur eine Willenserklärung von Seiten des Staates dem Bürger gegenüber gemeint.

53) Lassar, S. 103.

54) OVG. in Pr.Verw.Bl. 25, 420 und 26, 564.

55) OVG. 36, 273 und 45, 249.

56) Zum Pr. Wegrecht, S. 19.

ergebe. Da der Verkehr auf den Wegen für das Wohl des Publikums durchaus notwendig sei, spreche die Natur der Dinge dafür, daß überall da, wo das Publikum frei verkehrt, die Polizei die Aufsicht habe, und daß, weil die Polizei nur auf öffentlichen Wegen die Aufsicht habe, deshalb auch dort eine Widmung der Polizei vorliegen müsse. Dieser Schlußfolgerung kann nicht zugestimmt werden, weil der Ausgangspunkt nicht einwandfrei erscheint. Denn man kann nicht sagen, daß das Wohl des Publikums unter der Aufsicht der Polizei stehe. Im Gegenteil hat nach heutiger Auffassung die Polizei gar kein Interesse an dem Wohle des Publikums. Nur die der Allgemeinheit drohenden Gefahren abzuwenden, ist nach § 10. II. 17 Aufgabe der Polizei.

Deshalb ist es leicht möglich, daß auf einem Wege öffentlicher Verkehr stattfindet, ohne daß die Polizei den Weg als öffentlichen ansieht.

Die Tatsache, daß das Eigentum an dem Boden, auf dem sich ein öffentlicher Weg hinzieht, einer Privaterson gehört, wird zunächst für die Vermutung sprechen, daß der Weg ein privater ist. Denn es kann nicht ohne weiteres eine öffentliche Belastung angenommen werden. Der Polizei liegt dann der Gegenbeweis dafür ob, daß es sich um einen öffentlichen Weg handele.[57]

Daraus, daß die Stadt die Beleuchtung einer Straße besorgt, läßt sich nicht auf den Willen schließen, die Wegebau- und Unterhaltungspflicht zu übernehmen. Denn die Beleuchtung einer Straße stellt sich nicht als Pflicht dessen dar, der die Unterhaltungspflicht hat, sondern dessen, der die mittelbaren Polizeikosten zu tragen hat, weil eine Straße nicht unbeleuchtet bleiben kann, wenn sich öffentlicher Verkehr auf ihr abspielt.[58] Dabei ist es gleichgültig, ob die Straße auch im Rechtssinne öffentlich ist.

III.

Die Entstehung des Weges durch Zeitablauf.

1.

Nachdem also die Möglichkeit einer stillschweigenden Widmung anerkannt worden und gezeigt ist, in welchem Um-

57) OVG. in Bd. 45, S. 249.
58) OVG. 45, 249; 41, 247.

fange eine solche stillschweigende Widmung für die Frage, ob ein Weg öffentlich ist, entscheidend werden kann, wird es in vielen Fällen möglich sein, aus dem Vorliegen von Handlungen der Beteiligten, oder aus der Nichtvornahme solcherHandlungen auf Oeffentlichkeit oder Nichtöffentlichkeit einen Schluß zu ziehen.

Daneben aber gibt es zahlreiche sogenannte „alte Wege", die von jeher dem öffentlichen Verkehr dienten, bei denen aber im übrigen keine konkludenten Handlungen der drei Beteiligten,oder wenigstens nicht aller drei Beteiligten nachweisbar sind. Auch diese Wege müssen als öffentliche angesehen werden, einfach deshalb, weil es das Verkehrsbedürfnis erfordert, und weil es zu ganz unmöglichen Folgen führen würde, wenn der Verkehr auf diesen Wegen etwa von dem Grundeigentümer unterbunden werden könnte.

Liegt nun insoweit eine Ausnahme von der Widmungstheorie vor? Hat etwa insoweit der Verkehr als solcher den öffentlichen Weg geschaffen?

Oder ist hier, wie zu denken nahe läge, der öffentliche Weg kraft Gewohnheitsrechts entstanden?

Zur Beantwortung dieser Frage bedarf es einer Prüfung, ob Gewohnheitsrecht überhaupt im öffentlichenRecht, und insbesondere im Verwaltungsrecht enstehen kann.

Unter Gewohnheitsrecht versteht man das ungesetzte, das im Rechtsleben unmittelbar hervortretende Recht.[1] Welche Voraussetzungen im einzelnen zur Entstehung des Gewohnheitsrechts erforderlich sind, darüber bestehen die verschiedensten Ansichten, denen die verschiedenen Theorien über das Gewohnheitsrecht zu Grunde liegen.

So soll nach der Gestaltungstheorie[2] das Gewohnheitsrecht seine Kraft und Gültigkeit aus der nachträglichen Genehmigung des Gesetzgebers schöpfen. Die Ueberzeugungstheorie dagegen legt den Hauptwert auf die gemeinsame Ueberzeugung derjenigen, die das Recht zu schaffen trachten.[3]

Auch der Rechtstrieb wird als Grund für die Entstehung von Gewohnheitsrecht angegeben,[4] während andere

1) Enneccerus-Kipp-Wolff, I, 1; § 35 I.
2) E. Meier, Die Rechtsbildung in Staat und Kirche, 1861, S. 1 ff. G. Rümelin, Dom. Jahrb. 27, 153 ff.
3) Puchta, Gewohnheitsrecht, 1828; Savigny I, §§ 7, 12, 25, 27; Thöl, Volksrecht, 1848; Beseler, Dt.Pr.Recht, § 29; Windscheid I, § 19, Gierke I, § 20, Regelsberger I, § 19.
4) Bruns in Hotzend. Enc. S. 437, Kohler I, S. 10.

wieder die Uebung als die Hauptsache ansehen.[5] Es kann hier nicht der Ort sein, auf diese Theorien näher einzugehen. Es mag nur gesagt sein, daß die Gestattungstheorie nicht anerkannt werden kann. Denn das Gewohnheitsrecht ist eine Kraft, die sich unabhängig vom Gesetzgeber entwickelt.[6] Im übrigen aber wird man sämtlichen Theorien gerecht, wenn man zu der Entstehung eine dauernde, allgemeine Uebung verlangt, die auf der Vorstellung, Recht auszuüben, beruht. Wenn auch einige der genannten Theorien schon unter geringeren Voraussetzungen Gewohnheitsrecht anerkennen, so gibt es doch keine Theorie, außer der abgelehnten Gestattungstheorie, die höhere oder ganz andere Voraussetzungen für das Zustandekommen von Gewohnheitsrecht erfordert.

Bis in die neueste Zeit galt es als selbstverständlich, daß auch im Staats- und Verwaltungsrecht die Bildung gewohnheitsrechtlicher Normen unter diesen Voraussetzungen möglich sei.[7]

Demgegenüber wird aber jetzt die Möglichkeit der Entstehung von Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht teilweise verneint. Zunächst geschah dies durch Grotefond[8], der aber seinen von der herrschenden Lehre abweichenden Standpunkt nur schwach begründete, und daher unbeachtet blieb. Zur Streitfrage wurde die Gültigkeit des Gewohnheitsrechts erst, als sich Otto Mayer gegen sie wandte.[9]

Otto Mayer[10] begründet die Ablehnung des Gewohnheitsrechts folgendermassen: Die Justiz zwar sei dazu da, für die Rechtsordnung zu sorgen, und dies könne sie nur auf Grund von Rechtssätzen. Sie sei durch ihr Amt gedrängt, nach allgemeinen Regeln zu verfahren. Habe sie keine Rechtssätze, so müsse sie dafür nehmen, was bisher als Recht gehalten worden sei. Dadurch mache sie dies zu Rechtssätzen. Aber „für die Verwaltung steht die Sache von Anfang an anders; sie braucht keine Rechtssätze. Sie ist lange Zeit ihren Weg gegangen ohne alle. Erst der Rechtsstaat will sie möglichst

---

5) Zitelmann, Ziv. Arch. 66, 32 ff., Dernburg, Pand. I, §§ 26 ff.
6) Jellinek, Verw.Recht, S. 116.
7) Zachariä, Dt.Staats- und Bundesrecht, I, S. 37; Held, System des Verw. Rechts, I, S. 34; Bluntschli, Allg. Staatsrecht, I. S. 13; Bornhak, Pr.Staatsrecht, I, S. 100; Bruno Schmidt, Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens. S. 1; Neukamp, Das Gewohnheitsrecht in Theorie und Praxis des Gemeinen Rechts, Arch. für Bürg. Recht, Bd. 12, S. 156.
8) Lehrbuch des Preußischen Verw.Recht Bd. I, S. 37, 38.
9) Vgl. auch Fleiner, Institutionen, S. 76; Thoma, Der Polizeibefehl, I, S. 108.
10) I, S. 88—96.

mit solchen versehen." Im Verwaltungsrecht gebe es insbesondere kein selbständiges Recht der Behörden, Lücken auszufüllen; das wäre geradezu Anarchie. Eingriffe in das Recht Privater dürfe heute die Verwaltung nur vornehmen, wenn Gesetze es gestatten. Denn „Wo gesetztes Recht fehlt, da ist es so gewollt, und soll es so bleiben".

Es ist zunächst nicht zutreffend, daß die Verwaltung ohne Gesetze auskomme. Gerade das Zeichen des Rechtsstaates ist es ja, daß ohne gesetzliche Bestimmung eine Verwaltungstätigkeit nicht vorgenommen werden darf.[11] Allerdings sind diese Sätze im Verwaltungsrecht meist allgemein gehalten, und lassen einen weiten Spielraum. Dies hindert aber nicht, daß grundsätzlich für jede Verwaltungstätigkeit eine gesetzliche Ermächtigung vorliegen muß. So ist für die polizeiliche Tätigkeit, so mannigfaltig und ausgedehnt diese ist, das Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 und § 10, II, 17 ALR. die wesentlichste Grundlage. Innerhalb der durch diese Gesetze gezogenen Schranken ist der Polizei ein weites Spielfeld für die zweckmäßigste Tätigkeit gelassen. Wenn aber selbst eine so allgemeine Ermächtigung wie § 10, II, 17 ALR. fehlt, dann ist Platz für die Bildung von Gewohnheitsrecht, auch für solches, das dem Bürger Pflichten auferlegt, oder in seine Rechte eingreift. Die Bildung von solchem Gewohnheitsrecht ist auch keine „Anarchie". Sie wäre es, wenn die Behörde allein von sich aus Gewohnheitsrecht schaffen könnte. Davon scheint Otto Mayer auszugehen, wenn er von einem „selbständigem Recht der Behörden, Lücken auszufüllen" spricht. Es ist deshalb zunächst zu untersuchen, unter welchen Bedingungen überhaut Gewohnheitsrecht in der Verwaltung aufkommen könnte.

Das Verwaltungsrecht ist derjenige Teil des öffentlichen Rechts, welcher zum Gegenstand hat die Bestimmung, wie und in welchem Umfange der Staat und die ihm eingegliederten öffentlichen Verbände mit ihrer verwaltenden Tätigkeit auf Personen und Vermögen der ihnen untergeordneten Rechtssubjekte einwirken dürfen.[12] Jede verwaltungsrechtliche Norm schafft demnach Rechte oder Pflichten des Staates gegen die Gewaltunterworfenen.[13]

---

11) Stier-Somlo, Einwirkungen . . . S. 129.
12) Schoen, Dt.Verw.R. in Holtz.Enz. IV, S. 198.
13) Schoen, Verwaltungsrechtliches Gewohnheitsrecht in Verw.Arch. 1921, S. 6.

Es sind also im Verwaltungsrecht einerseits der Staat, der durch seine Behörden vertreten wird, und andererseits die Gewaltunterworfenen beteiligt. Die Entstehung von Gewohnheitsrecht verlangt nun eine Uebung, deren Grundlage die gemeinsame Rechtsüberzeugung aller Beteiligten ist, also sowohl derjenigen, welchen die gewohnheitsmäßig befolgte Norm Rechte gibt, als auch derjenigen, denen sie Pflichten auferlegt. Es muß auf der einen Seite der Glaube vorhanden sein, daß sie zu dem in Frage stehenden Verhalten berechtigt sind, während die anderen glauben müssen, dazu verpflichtet zu sein.[14]

Wenn Laband[15] meint, die gleichmäßige, wiederholte, den Bedürfnissen des Staates entsprechende Geschäftstätigkeit der Behörden schaffe erst eine Verwaltungstradition, und dann Sätze des öffentlichen Rechts, so ist dies nicht zutreffend, wie sich aus den gemachten Ausführungen über die Entstehung von öffentlichem Gewohnheitsrecht ergibt. Anschütz[16] betont deshalb mit Recht, daß die Verwaltungspraxis unter Umständen dazu beitragen könne, daß ein lückenfüllender Gewohnheitsrechtssatz entsteht, daß aber die Verwaltung allein und aus eigener Kraft die Grundlagen ihrer Tätigkeit weder ergänzen noch ändern könne. Ebenso bezeichnet Schultzenstein[17] die Annahme, daß die Verwaltung sich selbst Rechtssätze beilegen könne, als eine Verkennung des Wesens des Verwaltungsrechts.

Zur Bildung von verwaltungsrechtlichen Gewohnheitsrecht müssen demnach Staat und Bürger einmütig zusammen wirken. Insoweit ein Interessengegensatz zwischen Behörde und Bürger besteht, wird daher schwerlich ein Gewohnheitsrechtssatz entstehen können. Insoweit ist im Ergebnis Otto Mayer zuzustimmen, wie es ja nach dem Gesagten überhaupt zutrifft, daß es kein Recht der Behörden gibt, selbständig Lücken auszufüllen oder sich selbständig durch lange Uebung Rechtssätze beizulegen.

Aber wo ein Interessengegensatz der genannten Art nicht besteht, liegt der Bildung von Gewohnheitsrecht nichts im Wege. Und daß es Gebiete gibt, wo dies der Fall ist, kann als sicher unterstellt werden, denn ein grundsätzlicher Gegensatz

14) O.V.G. Bd. 21, S. 208.
15) Staatsrecht des Dt. Reiches I, S. 174.
16) Lücken im Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Verw.Arch. 14, S. 325.
17) in Verw.Arch. Bd. 16, S. 206.

zwischen Verwaltungsbehörden und Privatpersonen besteht nicht. In weitem Umfange erkennen die letzteren die Notwendigkeit obrigkeitlichen Eingreifens und die Unumgänglichkeit von Opfern im Interesse der Gemeinschaft an. Und auch die Behörden werden die Verpflichtung zu manchem Dienst an den Bürgern oder zu einer Entschädigung für Opfer, die der Einzelne im Interesse der Gesamtheit gebracht hat, anerkennen.

Es soll weiterhin untersucht werden, ob sich aus den weiteren Ausführungen Otto Maers etwas gegen die Möglichkeit von verwaltungsrechtlichem Gewohnheitsrecht ergibt.

Otto Mayer sagt[18]: „Wo in der Verwaltung gesetztes Recht fehlt, da ist es so gewollt und soll es so bleiben". Denn wenn der Gesetzgeber der Behörde überlassen hat, nach freiem Ermessen zu handeln, da könne diese sich „nicht unter eine von anderswoher genommene bindende Regel stellen".

Bezüglich dieser Sätze ist mit Seidel[19] und Schoen[20] darin übereinzustimmen, daß sie nicht recht verständlich sind, da doch das Gewohnheitsrecht keine anderswoher genommene Regel ist, sondern ebensoviel gilt, wie Gesetzesrecht. Selbst ein ausdrückliches Verbot des Gewohnheitsrechtes durch das Gesetz kann die Bildung von Gewohnheitsrecht nicht grundsätzlich ausschließen. Das Gewohnheitsrecht bildet sich unabhängig vom Gesetz, und deshalb wird ein solches Verbot zutreffend als „unverbindlicher Gesetzesinhalt" bezeichnet.[21]

Sofern aber Mayer mit diesen Sätzen meinte, daß ein auf Bildung von Gewohnheitsrecht gerichteter Wille bei der Behörde nicht aufkommen kann, wenn ein Gesetz bestimmt, daß nach freiem Eermessen gehandelt werden soll, so mag dies allenfalls dann gelten, wenn wirklich ein Gesetz positiv diese Bestimmung enthält, was ja selten der Fall sein wird. Es mag hier dahingestellt bleiben, ob nicht auch in diesem Falle ein auf Bildung von Gewohnheitsrecht hinzielender Wille sich bilden kann, etwa, wenn das betreffende Gesetz sehr alt ist.

Wenn aber ein solches ausdrückliches Verbot des Gewohnheitsrechts nicht vorhanden ist, kann man unmöglich allein aus dem Umstande, daß eine ausdrückliche Regelung durch den Gesetzgeber nicht getroffen ist, den Schluß ziehen,

18) Bd. I S. 92.
19) Zur Lehre vom Gew.Recht . . . S. 582.
20) Schoen in Verw.Arch. 1921, S. 18.
21) Eisele, S. 275; Seidler, S. 596; Gierke, I, 122; Stier-Somlo, S. 125.

daß der Gesetzgeber hier nicht wollte, daß für eine bestimmte Entscheidung die Behörde durch eine Norm gebunden wurde, daß er überall dort, wo nichts bestimmt ist, eine rechtliche Regelung überhaupt nicht wollte.[22] In diesen Fällen wird jedenfalls die Nichtregelung durch den Gesetzgeber bei keiner Behörde die Ansicht aufkommen lassen, daß hier kein Gewohnheitsrecht geschaffen werden soll, und deshalb wird die Nichtregelung auch der zur Bildung von Gewohnheitsrecht erforderlichen Ueberzeugung nicht hinderlich sein. Es gibt demnach in der Tat keine Gründe, die die Entstehung von Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht ausschließen. Es soll aber noch weiter dargelegt werden, daß es Tatsachen gibt, die positiv für die Möglichkeit von verwaltungsrechtlichem Gewohnheitsrecht sprechen.

Von jeher hat es Gewohnheitsrecht im öffentlichen Recht gegeben, und ist auch durch manche Gesetze das Bestehen desselben anerkannt worden. So ist in Sachsen ein großer Teil der Luxusgesetze und Kleiderordnungen aus dem 17. Jahrhundert nie ausdrücklich aufgehoben worden, sondern durch Gewohnheitsrecht außer Kraft gesetzt worden. Die sächsische Jagdordnung vom 1. XII. 1864 erkennt die Gültigkeit des Gewohnheitsrechts an, wenn sie als jagdbare Tiere bezeichnet, „die bisher in hiesigen Landen als zur Jagd gehörig angesehen worden sind". Doch auch im Staatsrecht gab es Gewohnheitsrecht und wurde als solches anerkannt, wenn es in der Wahlkapitulation von 1790, II, § 30 heißt: „Was bei vorigen Reichstagen verabschiedet und geschlossen, und durch die nachfolgenden Rechtskonstitutionen oder das rechtsmäßige Reichsherkommen nicht wieder aufgehoben worden. . ."

Die Folgerung jedoch, daß heute öffentliches Gewohnheitsrecht entstehen könne, weil es früher entstanden sei, zieht Otto Mayer nicht. Er sagt vielmehr, im Polizeistaat habe sich Gewohnheitsrecht entwickeln können für vermögensrechtliche Angelegenheiten des Staates; insoweit sei die Entwicklung möglich gewesen, weil alle Rechtsverhältnisse des Staates, soweit sie vermögensrechtliche waren, nach der damals herrschenden Fiskustheorie als Privatrechtsverhältnisse angesehen worden seien. Dieses Gewohnheitsrecht habe heut noch Geltung, und bestehe als öffentliches Gewohnheitsrecht noch fort, während es als privates entstanden sei. Für öffent-

22) Schoen, in Verw.Archiv. Bd. 28, S. 19.

lichrechtliche Verhältnisse dagegen habe sich im Polizeistaat überhaupt kein Gewohnheitsrecht bilden können, weil es Rechtsgrenzen für die Obrigkeit dort nicht gab.

Dies ist nicht zutreffend. Mag ein großer Teil des heute geltenden Gewohnheitsrechts früher unter Zugrundelegung der Fiskustheorie als privates Gewohnheitsrecht entstanden sein, so gab es doch auch viele Verhältnisse, die mit den vermögensrechtlichen Beziehungen des Staates, also auch mit der Fiskustheorie nichts zu tun hatten. Hierher gehören alle verfassungsrechtlichen Grundsätze, zum Beispiel über Thronfolge, Regentschaft usw. Für diese Sätze hat sich ebenfalls Gewohnheitsrecht gebildet, und diesen gegenüber versagt der Einwand Otto Mayers, daß es sich um privates Recht gehandelt habe.[23] Wenn Otto Mayer nun die Gültigkeit des Gewohnheitsrechts im Polizeistaat verneint, weil hier die Behörden keine Schranken kannten, so ist hiermit nicht viel gesagt, denn es soll ja gerade untersucht werden, ob das Gewohnheitsrecht nicht doch eine Schranke war, die auch im Polizeistaat die Willkür der Behörden einschränkte. Denn dem Wesen des Polizeistaates widersprechen irgend welche Schranken nicht. Im Gegenteil, es gab solche Schranken im preußischen sogenannten Polizeistaat. So war nach der Rechtsprechung der obersten Reichsgerichte die Landeshoheit nur im Interesse „des gemeinen Besten" und nicht etwa „zur Förderung des Kameralinteresses, oder auch um den Untertanen wohe zu tun" berechtigt tätig zu werden.[24]

Denn ein reiner Polizeistaat, in dem es gar keine Schranken für die Obrigkeit gab, war der preußische Staat nicht, wenigstens bestand er zur Zeit des Allgemeinen Landrechts nicht mehr.[25]

Es kann also daraus, daß früher öffentliches Gewohnheitsrecht sich gebildet hat, und keine Gründe bestehen, die die Neuentstehung von Gewohnheitsrecht ausschließen, die Folgerung gezogen werden, daß auch heute noch öffentliches Gewohnheitsrecht entstehen kann.

Außerdem sprechen für die Möglichkeit der Bildung von Gewohnheitsrecht die zahlreich bestehenden Observanzen.

---

23) Schoen, in Verw.Arch. Bd. 28, S. 11.
24) Schoen in Verw.Arch. 28, S. 9; Wolzendorff, die Grenzen . . . S. 31.
25) Anschütz, die gegenwärtigen Theorien, S. 128.

Otto Mayer behauptet zwar,[26] daß man aus ihrem Vorhandensein nichts für das Gewohnheitsrecht folgern könne. Denn die Observanzen seien kein Gewohnheitsrecht und auch keine Art desselben. Denn sie stellen nur eine Pflichtenverteilung in einem kleinen Verbande dar, und diese Verteilung könne auch im Wege der stillschweigenden Vereinbarung erfolgen, ohne daß ein Rechtssatz geschaffen werden müßte.

Dem ist aber nicht so. Unter einer Observanz versteht man eine Gewohnheit, die sich innerhalb einer bestimmten Gemeinschaft für die Behandlung sie betreffender Rechtsverhältnisse ausgebildet hat und von den Beteiligten in der inneren Ueberzeugung einem Rechtsgebote nachzuleben, dauernd befolgt wird.[27] Dem Sinne nach dieselbe Definition findet sich in den Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts: 15, 184; 16, 292; 31, 196; bei Anschütz im Verwaltungsarchiv Bd. 6, S. 595; und im Preußischen Verwaltungsblatt 22, 88; bei Stier-Somlo, Einwirkungen ..... und Verw. Arch. 10, 520; bei Germershausen, Bd. I, S. 457.

Es ist demnach kein rechtlicher Unterschied zwischen Observanz und Gewohnheitsrecht zu machen. So sagt Anschütz im Pr. Verw. Bl. 22, 87 richtig: „Der Unterschied ist ohne wissenschaftliche Bedeutung, es ist mehr ein gradueller, als ein prinzipieller Unterschied".

Wenn man also die Möglichkeit der Bildung von Observanzen anerkannt, was ja auch Otto Mayer tut, so kann und muß man daraus auch auf die Möglichkeit von Gewohnheitsrecht im öffentlichen Recht ganz allgemein schließen.

Es ist somit gezeigt, daß der Bildung von Gewohnheitsrecht im öffentlichen Recht einerseits keine Schranken im Wege stehen, und daß andererseits auch Gründe da sind, aus denen heraus die Möglichkeit zu bejahen ist.

Damit müssen die Sätze Otto Mayers als widerlegt gelten, und es kann nunmehr, da festgestellt ist, daß es Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht überhaupt gibt, zur Untersuchung der Frage geschritten werden, ob ein Weg kraft Gewohnheitsrechtes zum öffentlichen werden kann.

Diese Frage wird allgemein verneint[28], denn durch Gewohnheitsrecht könnten nur Rechtssätze gebildet werden. Nie könne Recht für den einzelnen Fall geschaffen werden. Das

26) Bd. I, S. 93.
27) Schoen in Verw.Arch. Bd. 28, S. 23.

würde dem Wesen des Gewohnheitsrechts widersprechen. Denn da dieses sich nur durch allgemeine Uebung und die Rechtsüberzeugung bilden könne, wäre auch nur eine allgemeine Rechtsbildung, die für alle Fälle gelten solle, möglich. Es ist vielleicht Lassar[29] darin Recht zu geben, daß diese Folgerung nicht zutreffend ist, weil eine Bildung einer gewohnheitsrechtlichen Norm zwar selten für einen einzelnen Fall sei, aber daraus nicht die begriffliche Unmöglichkeit zu folgern wäre. Aber man kann wohl sagen, daß die Bildung einer gewohnheitsrechtlichen Norm für einen Einzelfall so selten ist, und gerade für einen bestimmten Weg so undenkbar erscheint, daß mindestens im Endergebnis die herrschende Meinung, nach der Gewohnheitsrecht für den einzelnen Fall nicht entstehen kann, zu billigen ist.

Ein sogenannter alter Weg ist also nicht deshalb als öffentlich anzusehen, weil er durch Gewohnheitsrecht zu einem solchen geworden ist.

Guba[30] sagt, in solchen Fällen müsse präsumiert werden, daß in unvordenklicher Zeit eine Widmung durch die Wegepolizeibehörde unter Zustimmung der sonstigen rechtlich Beteiligten erfolgt sei. Diese frühere Widmung mag stillschweigend erfolgt sein; die hier erwähnte Präsumtion darf aber nicht mit der eigentlichen stillschweigenden Widmung, die aus positivem oder negativem nachweisbarem Verhalten zu folgern ist, verwechselt werden.

Die Annahme einer solchen Präsumtion bedeutet einen wichtigen Schritt zur Lösung der Frage. Doch kann man eine Präsumtion nicht einfach als bestehend ansehen, weil sie zu einer brauchbaren Lösung führt, wie es Guba zu tun scheint. Unter einer Präsumtion versteht man einen Rechtssatz, welcher an einen Tatbestand den Schluß auf einen anderen knüpft.[31] Es muß also das Bestehen eines Rechtssatzes nachgewiesen werden. Besteht kein ausdrücklich gesetzter Satz dieses Inhalts, so kommt nur ein kraft Gewohnheitsrechtes entstandener Rechtssatz in Frage. Und das Gewohnheitsrecht hat für den vorliegenden Fall in der Tat eine Präsumtion oder gesetzliche Vermutung geschaffen, die folgenden Inhalt hat:

28) Germershausen, I, S. 13; OVG. 36, S. 264.
29) Lassar, Grundbegriffe . . . S. 98.
30) Guba, a.a.O. S. 16.
31) Kohler in Archiv f. Ziv. Praxis, Bd. 96, 364; Kipp zu Windscheid, I, 680.

Besteht ein Weg seit unvordenklicher Zeit nach der Art eines öffentlichen, so wird vermutet, daß früher eine Widmung für den öffentlichen Verkehr stattgefunden hat.[32]

Daß sich die Verwaltungspraxis und Rechtsprechung seit langer Zeit dieser Präsumtion bedient, beweisen die zahlreichen Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts, die auch dann eine stillschweigende Widmung konstruiert haben, wenn keine konkludenten Handlungen, aus denen sich der Wille schließen ließe, vorliegen.[33] Und auch in der Bevölkerung besteht allgemein die Ansicht, daß ein Weg, der von jeher dem öffentlichen Verkehr dient, ein öffentlicher ist. Es wird dann meist unjuristisch von einer Verjährung (der Rechte des Eigentümers) gesprochen.

Es sind also die Voraussetzungen erfüllt, nach denen Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht entstehen kann, nämlich übereinstimmende Rechtsüberzeugung — und Uebung der Behörden und der Bürger.

Die Annahme einer solchen gesetzlichen Vermutung wird von Schultzenstein[34] mit dem Bemerken, daß die Praxis nie eine Vermutung der genannten Art für die Entstehung des öffentlichen Weges verwandt hat, entgegengetreten. Es kommt jedoch gar nicht darauf an, ob die Verwaltungsgerichte gerade ausdrücklich von einer gesetzlichen Vermutung oder Präsumtion sprechen. Maßgebend ist nur, daß der Inhalt der Entscheidungen sich mit dem deckt, was hier als gesetzliche Vermutung bezeichnet wird. Und dies ist der Fall, wenn das Oberverwaltungsgericht dauernd aus Tatbeständen, die einem öffentlichen Wege eigen sind, auf den Tatbestand einer Widmung schließt, obwohl nicht notwendiger Weise auf eine Widmung geschlossen werden muß, also gar keine konkludente Widmung vorliegt.

Im übrigen glaubt Schultzenstein[35],daß die Annahme einer gesetzlichen Vermutung gar nicht nötig sei, daß in solchen Fällen die Oeffentlichkeit aus der Benutzung durch die Bevölkerung, dem Gemeingebrauche, geschlossen werden könne. Das erscheint jedoch unzutreffend. Der Gemeingebrauch ist eine Folge, die sich aus der Oeffentlichkeit in juristischem Sinne, nicht aus der tatsächlichen Oeffentlichkeit ergibt. Es

32) Ebenso Lassar, Grundbegr. S. 96, 97.
33) Vergl. die ausführl. Aufzählung bei Schultzenstein in Pr. Verw.Bl. 19, 89.
34) in Verw.Arch. Bd. 28, S. 81.
35) in Verw.Arch. Bd. 28, S. 169.

muß also zunächst nachgewiesen werden, daß ein Weg öffentlich ist, ehe ein Gemeingebrauch festzustellen ist. Man kann also nicht aus Tatsachen, von denen noch nicht feststeht, daß sie eine Folge der Oeffentlichkeit sind, auf die Oeffentlichkeit schließen.

Der Gemeingebrauch.

Die hauptsächlichste Folge, oder richtiger das Wesen der Oeffentlichkeit eines Weges liegt im Gemeingebrauch.

In § 7, II, 15 A.L.R. heißt es: „Der freie Gebrauch der Land- und Heerstraßen ist einem jedem zum Reisen und Fortbringen seiner Sachen gestattet." Wenn auch hier nur von Land- und Heerstraßen die Rede ist, so gilt dieser Satz doch von allen öffentlichen Wegen. Denn in ihm kommt ein Grundsatz zum Ausdruck, der sich aus der rechtlichen Natur eines öffentlichen Weges ergibt, und daher allgemein zutrifft.[1]

Von dem Gemeingebrauch, der jedermann zusteht, sind zwei weitere Benutzungsformen des öffentlichen Weges zu unterscheiden. Es ist dies einmal die sogenannte Gebrauchserlaubnis; sie gewährt eine Benutzung, die über den Gemeingebrauch hinausgeht, und nicht jedermann zusteht. Sie setzt eine Polizeierlaubnis und eine Gewährung seitens des Privateigentümers voraus.[2]

Es gehört hierher die Errichtung von Verkaufsbuden, die Benutzung der Straßenrinnsteine für Entwässerungszwecke, usw.[3]

Die stärkste Form der Benutzung wird durch die Nutzungsverleihung erworben. Sie ist ein subjektiv-öffentliches Recht. Es gehört hierher zum Beispiel die Benutzung des Weges zur Anlage einer Kleinbahn, zum Einlegen von Gasröhren, Abwässerung in den Straßengraben, usw.

Auch der Gemeingebrauch wurde besonders früher als ein subjektiv-öffentliches Recht angesehen.[4]

Heute dagegen wird der Gemeingebrauch unter dem Einfluß Jellineks[5] als sogenannter Reflex des objektiven Rechts

1) OVG. 10, 194; RG. in Guchot 24, 508; Germershausen, S. 92.
2) Germershausen, S. 130, Kormann, S. 102.
3) OVG. in DJZ. 1912, S. 870.
4) Regelsberger, Pandekten, I, S. 419, Ihering, Gutachten zum Baseler Schanzenstreit, S. 38; Wappäus, Dem Rechtsverkehr entzogene Sachen; S. 112 f; Giercke, Deutsches Privatrecht II, S. 25.
5) System der subj. öff. Rechte, S. 74.

bezeichnet. Das heißt, die Polizei ist kraft objektiven Rechts verpflichtet, den Gemeingebrauch sicher zu stellen und gegen Störungen einzuschreiten; dieses objektive Recht des Staates wirkt auf den Bürger insofern zurück, als er durch die Ausübung des Rechtes geschützt wird. Als subjektiv-öffentliches Recht kann der Gemeingebrauch deswegen nicht angesehen werden, weil dem die Unbeständigkeit und das ständige Wechseln der Rechtssubjekte widersprechen würde.[6] So hat auch Otto Mayer der Ansicht, daß der Gemeingebrauch ein subjektiv-öffentliches Recht sei, widersprochen, wenn er den Gemeingebrauch als „Möglichkeit sich an der Sache zu beteiligen, ohne etwas, wie ein Besitz daran und ohne Verfügungsrecht darüber" bezeichnet.[7]

Dem Privatmann steht daher heute kein klagbares öffentliches Recht gegen den Störer des Gemeingebrauchs zu, er kann sich nur an die Polizei mit der Bitte um Abhilfe wenden.

Ebenso hat eine Privatperson auch keine Möglichkeit auf Grund des Privatrechts die ungehinderte Ausübung des Gemeingebrauchs zu erzwingen.[8] Die Reichsgerichtsentscheidung am 26. Mai 1899 hat allerdings[9] einem Privatmanne, der gegen den Eigentümer eines öffentlichen Weges wegen Störung des Gemeingebrauchs klagte, Recht gegeben; doch geschah dies nur deshalb, weil in diesem Falle der Kläger zugleich ein dingliches Recht auf Benutzung gegen den Eigentümer hatte, das sich mit dem Gemeingebrauch deckte.

Das Wesen des Gemeingebrauchs liegt darin, daß der dem Gemeingebrauche unterliegende Weg gemäß seinem Bestimmungszwecke grundsätzlich von jedermann frei gebraucht werden kann. Doch ergeben sich daraus, daß ein solcher Weg für jedermann bestimmt ist, Beschränkungen des Gemeingebrauchs für den Einzelnen. So heißt es auch in § 25, II, 15 A.L.R.: „Den nach § 7 einem jeden freistehenden Gebrauch der Landstraßen muß ein jeder so ausüben, daß der andere an dem gleichmäßigen Gebrauche nicht gehindert, noch zu Zänkereien oder gar Tätlichkeiten über das Ausweichen Anlaß gegeben werde."

Aus diesem Gesichtspunkte rechtfertigen sich in Ver-

6) Jellinek, System, S. 76.
7) O. Mayer, Bd. 2, S. 142.
8) Anschütz in Verw.Arch. 5, S. 109.
9) in Pr.Verw.Bl. 21, 86.

bindung mit den §§ 10, II, 17 A.L.R. und 6 b des Gesetzes vom 11. März 1850, wonach es Aufgabe der Polizei ist, für die Leichtigkeit des Verkehrs auf den öffentlichen Wegen zu sorgen, zahllose Polizeiverordnungen, die den Gemeingebrauch für den Einzelnen im Interesse der Gesamtheit einschränken. So kann die Polizei eine Höchstgrenze für die Breite der Fuhrwerke festsetzen, sie kann anordnen, daß rechts gefahren und links überholt werden müsse, sie kann die zulässige Geschwindigkeit bestimmen und die Beleuchtung der Fuhrwerke anordnen.

Die Stellung des Grundeigentümers.

Die Widmung des Weges für den öffentlichen Verkehr bedeutet nicht ein Erlöschen des Privateigentums an dem Wegekörper. Der Eigentümer ist in seinen Rechten nur insoweit beschränkt, als dies aus der Widmung des Weges für den öffentlichen Verkehr folgt.[10]

Die Wege werden durch die Widmung insbesondere nicht herrenloses Gut oder öffentliches Eigentum, dessen sich jeder bedienen kann, soweit es der Bestimmung für öffentliche Zwecke entspricht. Diese, für das französische Recht geltende Auffassung[11] hat Otto Mayer auch für das deutsche Verwaltungsrecht vertreten.[12] Sie ist jedoch im wesentlichen ohne Anhänger geblieben, und auch wiederholt widerlegt worden.[13] Es soll daher an dieser Stelle nicht weiter auf die Lehre O. Mayers eingegangen werden.

Zwar haben manche Gesetze das Eigentum an dem Wegekörper bestimmten öffentlich-rechtlichen Verbänden zugesprochen; so hat nach § 21, II, 14 A.L.R. der Staat das Eigentum an den Landstraßen. Nach § 45 der Wegeordnung für Westpreußen vom 27. IX. 1905 ist das Eigentum des Staates an den Landstraßen auf die Kreise übergegangen Ferner stehen die Kreischausseen im Eigentum der Kreise, wenn bei ihrer Erbauung die angrenzenden Gemeinden das Eigentum auf den Kreis übertragen haben, was fast regelmäßig geschehen ist.[14] Auch besteht eine Vermutung dafür, daß Kommunikationswege im Eigentum der Gemeinde stehen.[15]

10) Germershausen, S. 125; OVG. 10, 20 und 36, 240.
11) Ecker, S. 92; Eschstruth, S. 95.
12) O. Mayer, S. 60 110; ders. in Arch. f. öff. Recht 16, 38 ff; 21, 499; 39, 77.
13) u. a. Jellinek in Verw.Arch. 5, 311; Schoen, Lehrbuch, S. 285.
14) Germershausen, I, S. 119.
15) Bering, S. 36; Schultz, S. 15; Eschstruth, S. 59.

Im übrigen aber bleibt das Privateigentum bei dem Eigentümer, dem es vor der Widmung zugestanden hat, und deshalb ist es auch durchaus möglich, daß ein Stück Land Privateigentum und als solches im Grundbuch eingetragen sein kann, trotzdem es zu einem öffentlichen Wege gehört.[16]

Daraus, daß das Privateigentum dem Eigentümer des Grund und Bodens grundsätzlich verbleibt, und daß sich aus der Oeffentlichkeit des Weges nur die Beschränkungen ergeben, die im Interesse des öffentlichen Verkehrs notwendig sind, folgt im einzelnen:

Wenn der Weg nur zu einem bestimmten Zwecke gewidmet ist, etwa als Schul-, Kirch- oder Reitweg, so braucht der Eigentümer auch nur die Benutzung zu den genannten Zwecken zu dulden, und kann eine darüber hinausgehende Inanspruchnahme untersagen.[17]

Der Eigentümer kann auch das Wegeterrain zum Gegenstande eines Kauf- oder Tauschvertrages machen, jedoch nur mit der Maßgabe, daß die Verfügung über das Grundstück dem öffentlichen Verkehr dient.[18] Aber selbst eine Verfügung über das Grundstück wäre nicht nichtig. Nur erlischt dadurch die Oeffentlichkeit des Weges nicht. Denn diese stellt sich als eine Sonderlast dar, die auf dem Grund und Boden ruht, und von dem jeweiligen Eigentümer unabhängig ist.[19] Auch könnte der Erwerber nicht etwa auf Grund seines guten Glaubens nach § 892 B.G.B. Eigentum, das mit der öffentlichen Last nicht beschwert ist, erwerben; dies wäre nach dem Satze: „Ius publicum pactis privatorum mutari nequit" ausgeschlossen. Da, wie gezeigt, die Anlage von Gas- und Wasserleitungen und das Einlegen von Eisenbahnschienen nicht zum Gemeingebrauch gehört, also über die Zwecke, für die der Weg gewidmet worden ist, hinausgeht, ist für deren Errichtung die Genehmigung des Wegeeigentümers erforderlich, die dieser von einer Entschädigung abhängig machen kann.[20] Es zeigt sich hierin, daß der Privateigentümer sein Eigentum durch das Oeffentlichwerden nicht einbüßt, und daß er mitunter auch noch Nutzen aus ihm ziehen kann.

---

16) Germershausen, I, S. 121.
17) OVG. 36, S. 240.
18) R.G. in Pr.Verw.Bl. 7, S. 167.
19) Lassar, S. 30.
20) R.G. in Gruchot Bd. 39, 881; R.G. in Pr.Verw.Bl. 26, 645.

Wenn der Eigentümer auf seinem Grund und Boden, auf dem sich ein öffentlicher Weg hinzieht, Bäume gepflanzt hat, so stehen ihm gewöhnlich auch die Nutzungen an diesen Bäumen zu. Nach § 9, II, 15 A.L.R. gebühren die Nutzungen dem Pflanzer. Wenn aber jemand da ist, der diese Pflanzungen zu unterhalten hat, so stehen diesem auch die Nutzungen gemäß § 10, II, 15 A.L.R. zu.[21] Es fragt sich nun, inwieweit diese Vorschriften durch das Bürgerliche Gesetzbuch aufgehoben sind. Da nach § 55 EGBGB. alle öffentlichrechtlichen Bestimmungen in Kraft geblieben sind, gelten auch die genannten Gesetze weiter, soweit sie mit öffentlichem Recht in Zusammenhang stehen. Dies ist hier dann der Fall, wenn die Bäume auf Grund der Wegebaupflicht oder auf Grund einer anderen gesetzlichen Bestimmung gepflanzt sind. In diesen Fällen hat also der Eigentümer ein Recht auf die Nutzungen, wenn er die Bäume gepflanzt hat, oder wenn er wegebaupflichtig ist. Soweit die Pflanzungen aber nicht mit einer öffentlich rechtlichen Vorschrift im Zusammenhange stehen, handelt es sich nicht um öffentliches Recht. Insoweit sind die genannten Bestimmungen des A.L.R. durch das Bürgerliche Gesetzbuch aufgehoben. Die Nutzungen stehen dann nach § 953 B.G.B. dem Eigentümer zu.

Ebenso hat der Eigentümer ein Recht auf alle anderen Nutzungen, die der öffentliche Weg abwirft, so z. B. auf Dünger u. ä.

So wie das Eigentum bleiben auch sämtliche anderen dinglichen Rechte an dem Wege fortbestehen, unbeschadet der Oeffentlichkeit des letzteren. Sie könen nur nicht ausgeübt werden, soweit sie dem öffentlichen Verkehr auf dem Wege hinderlich sein würden. Daraus folgt, daß wenn die Oeffentlichkeit des Weges einmal wegfällt, der vollen Wirksamkeit und dem Wiederaufleben dieser Rechte nichts mehr im Wege steht.[22]

21) Diese Bestimmungen beziehen sich zwar nur auf Landstraßen, können aber analog auf alle öffentlichen Wege angewandt werden.

22) OVG. 15, 322; 29, 231; 30, 228; RG. 40, 385; RG. in Gruchot 37, 1015; 39, 883; Kühne im Arch. f. öff. R. 13, 564. Ecker in Pr.Verw.Bl. 28, 829.

Lebenslauf.

Am 17. März 1905 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Felix Kwiatkowski und seiner Ehefrau Gertrud, geb. Sckeyde, in Breslau geboren.

Von Ostern 1912 bis Ostern 1916 besuchte ich das Realgymnasium am Zwinder und darauf das St. Matthiasgmnasium, wo ich Ostern 1924 das Abiturientenexamen bestand. Ich wandte mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften zu und hörte in Breslau und Innsbruck. Am 30. und 31. Juli 1928 legte ich am Oberlandesgericht in Breslau das Referendarexamen ab. Seit 15. September 1928 bin ich als Gerichtsreferendar in Breslau tätig.